

Sygn. akt I ACa 1201/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 stycznia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Przemysław Kurzawa

Sędzia SA Dorota Markiewicz (spr.)

Sędzia SO (del.) Dariusz Dąbrowski

Protokolant: st. sekr. sąd. Aneta Walkowska

po rozpoznaniu w dniu 21 stycznia 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

przeciwko Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa i (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W.

o ustalenie

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 30 stycznia 2014 r. sygn. akt XXIV C 974/11

1. **oddala apelację,**

2. **zasądza od Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa i (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. kwoty po 5400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Sygn. akt I ACa 1201/14

UZASADNIENIE

W pozwie skierowanym przeciwko Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa i przeciwko (...) S.A. w W. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o stwierdzenie nieważności umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nr (...), zawartej w dniu 10 czerwca 2009 r. w W. między ARiMR a (...) S.A. na realizację modyfikacji oprogramowania(...) służącego do monitorowania kredytów inwestycyjnych z dopłatami ARiMR na podstawie art. 146 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.; dalej jako: „p.z.p.”), w brzmieniu obowiązującym na dzień zawarcia spornej umowy, a legitymację procesową czynną z art. 168 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 146 ust. 2 pkt 1 p.z.p. i art. 154 pkt 11 p.z.p. oraz art. 189 k.p.c. Zdaniem powoda, umowa była nieważna z dwóch przyczyn wskazanych w art. 146 ust. 1 pkt 1 i 6 p.z.p. Po pierwsze, ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych ani w Dzienniku Urzędowym UE. Powód wyjaśnił, że skoro ARiMR z mocy art. 10 ust. 1 p.z.p. miała obowiązek zastosowania podstawowego trybu przetargowego (trybu konkurencyjnego), to ogłoszenie o zamówieniu powinno zostać zamieszczone w wymienionych publikatorach, zaś zaniechanie takiego ogłoszenia skutkowało nieważnością umowy. Po drugie, umowa była nieważna,

ponieważ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do takiego naruszenia przepisów p.z.p., które miało wpływ na wynik postępowania. Powód oświadczył, że ARiMR nie miała podstaw do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, ponieważ nie zachodziła okoliczność wymieniona w art. 67 ust. 1 p.z.p. W ocenie powoda, udzielenie tego zamówienia w trybie z wolnej ręki zostało dokonane z naruszeniem art. 10 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., to jest z pominięciem konkurencyjnej procedury udzielenia zamówienia, co uniemożliwiło innym niż (...) S.A. wykonawcom ubieganie się o uzyskanie tego zamówienia. Powód podniósł, że nie występowała taka sytuacja, żeby przedmiot zamówienia mógł być wykonany tylko przez jednego wykonawcę (pozwaną spółkę) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Jego zdaniem, także inne podmioty mogły zrealizować przedmiot zamówienia. Powód stwierdził, że okolicznością decydującą dla uznania zasadności zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 p.z.p. jest obiektywny brak możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawców innych niż ten, któremu zamówienie ma zostać udzielone. Powód zaznaczył, że nie jest wystarczające dla zastosowania tego trybu na mocy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., że określony wykonawca jest w stanie lepiej bądź szybciej od innych wykonać przedmiot zamówienia. Powód przyznał, że w przypadku przeprowadzenia przez ARiMR konkurencyjnej procedury przetargowej zapoznanie się przez potencjalnego wykonawcę z informacjami dotyczącymi specyfiki systemu wymagałoby pewnego czasu. Powód podkreślił, że konieczność pilnego udzielenia zamówienia nie odnosi się do przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., gdyż nie jest okolicznością o charakterze technicznym. Powód wskazał, że w niniejszej sprawie nie zachodziła też przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p., gdyż potrzeba pilnego udzielenia zamówienia nie miała charakteru sytuacji wyjątkowej, a ARiMR mogła przewidzieć konieczność wprowadzenia modyfikacji w systemie i odpowiednio wcześniej zaplanować udzielenie zamówienia w przedmiocie modyfikacji systemu.

Pozwani: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej: „Agencja”, „ARiMR”) i (...) S.A. w W. wnieśli o oddalenie powództwa, wskazując, że nie doszło do takiego naruszenia przepisów p.z.p., które miałyby wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. ARiMR stwierdziła, że gdyby nawet rozpiśała przetarg, to i tak podmiotem, który wygrałby przetarg, byłaby pozwana spółka. Zdaniem pozwanych, w 2009 r. zaistniały podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki i do powierzenia właśnie (...) S.A. realizacji zamówienia z uwagi na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze i wyjątkowość sytuacji (okoliczności z art. 67 ust. 1 pkt 1 i 3 p.z.p.) - jedynym podmiotem, który był w stanie wykonać przedmiot zamówienia (przeprowadzić konieczne modyfikacje systemu) ze względu na specyficzne cechy techniczne zamówienia i potrzebę wprowadzania zmian w systemie w wymaganym czasie, była pozwana spółka z uwagi na niezbędną wiedzę i doświadczenie do modyfikacji systemu (o skomplikowanym charakterze), zaś przeprowadzenie modyfikacji tego systemu miało charakter pilny, co wynikało z wchodzących w życie przepisów. Według pozwanych, istotną okolicznością uzasadniającą dokonanie wyboru jednego wykonawcy z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze był czas wyznaczony przepisami prawa (rozporządzeniami Rady Ministrów z 8 maja 2009 r. i z 17 czerwca 2009 r. opublikowanymi w Dzienniku Ustaw z 2009 r. pod pozycjami 645 i 793), w jakim winny być przeprowadzone modyfikacje systemu niezbędne do wprowadzenia w nim kolejnych funkcjonalności do obsługi dopłat do kredytów. Pozwani zwrócili uwagę na następstwa unieważnienia umowy takie jak unieruchomienie systemu, zaprzestanie obsługi ponad 250.000 kredytów i uniemożliwienie udzielania dalszych kredytów oraz wskazali na sprzeczność żądania pozwu z interesem publicznym.

Wyrokiem z dnia 30 stycznia 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo i obciążył powoda kosztami procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że (...) S.A., będąca spółką dostarczającą usługi i technologie informatyczne na polskim rynku informatycznym, zajmuje się między innymi tworzeniem dedykowanych systemów informatycznych spełniających konkretne, często unikalne potrzeby klientów. Jednym z klientów, dla którego (...) S.A. projektowała, tworzyła, rozwijała i serwisowała oprogramowanie, jest ARiMR. Współpraca między tymi podmiotami trwa ponad 15 lat. W tym czasie Agencja nie miała zastrzeżeń do jakości usług świadczonych przez spółkę.

Od połowy lat 90-tych XX wieku do kompetencji ARiMR należy udzielanie pomocy finansowej dla gospodarstw rolnych i zakładów przetwórstwa produktów rolnych poprzez stosowanie dopłat do oprocentowania kredytów (tak zwanych kredytów preferencyjnych) udzielanych tym podmiotom przez banki, które zawarły z Agencją

stosowne umowy. Dzięki tym dopłatom rolnicy i zakłady przetwórstwa ponoszą niższe koszty kredytu. Dopłaty trafiają do banków, po dokonaniu przez Agencję czynności weryfikacyjnych. W drugiej połowie lat 90-tych XX wieku ARiMR postanowiła objąć obsługę tych dopłat specjalnie stworzonym do tego systemem informatycznym, umożliwiającym monitorowanie kredytów udzielanych przez banki, wymianę danych z bankami, raportowanie, uzyskiwanie sprawozdawczości itd. Przetarg ogłoszony na stworzenie takiego systemu wygrała (...) S.A., w wyniku czego w dniu 2 kwietnia 1997 r. spółka ta zawarła z Agencją umowę na zaprojektowanie, wykonanie, dostarczenie i wdrożenie kompletnego systemu informatycznego do monitorowania kredytów objętych dopłatami Agencji. Powstały system (zintegrowany system informatyczny monitorowania kredytów z dopłatami, nazwany (...)) ARiMR zaczęła wykorzystywać od 2000 r. Rozwijaniem (w tym dodawaniem nowych funkcjonalności i dostosowywaniem do nowych przepisów) i serwisowaniem tego systemu zajmowała się (...) S.A. Między 1997 r. a 2010 r. (...) S.A. bez przeprowadzenia postępowania przetargowego zawierały umowy dotyczące ich wzajemnej współpracy, wiążące się z tym systemem. Po umowie z dnia 2 kwietnia 1997 r. dopiero umowa z 2010 r. także została zawarta po przetargu. Do 2009 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) nie kwestionował procedur zawierania tych umów. W szczególności zawarto umowy z dnia 31 grudnia 1998 r. i z dnia 1 czerwca 2001 r. dotyczące rozszerzenia funkcjonalności systemu, umowę z dnia 9 maja 2003 r. dotyczącą modernizacji funkcjonalnej i technologicznej systemu, usługi asysty technicznej i konserwacji systemu (w wyniku tej umowy system (...) został istotnie rozbudowany i zmodernizowany), umowę z dnia 27 lipca 2007 r. dotyczącą rozwoju systemu i usługi asysty technicznej i konserwacji, umowę z dnia 10 czerwca 2009 r. dotyczącą rozwoju systemu. Na podstawie umów z lat 2007 i 2009 modyfikowano system, wprowadzano do niego kolejne funkcjonalności, czego (...) S.A. dokonywała w oparciu o skonkretyzowane zgłoszenia Agencji.

W 2009 r. system służący do monitorowania kredytów objętych dopłatami ARiMR stanowił system wieloszczeblowy, obejmujący poziom centralny (oprogramowanie (...) funkcjonujące w ARiMR) i poziomy lokalne (poziom kredytujący i pośredniczący), funkcjonujące w bankach. System działający w bankach (System Informatyczny Obsługi Kredytów Preferencyjnych) był stworzony, konserwowany i modyfikowany przez (...) S.A. (...) (...) umożliwiał komunikację ARiMR z centralami banków (wówczas systemem objętych było ok. 20 central banków) i z poszczególnymi oddziałami (wówczas system było objętych ok. 1.500 oddziałów). Agencja miała podpisane umowy z poszczególnymi bankami, które udzielały kredytów preferencyjnych. W tych umowach określono szczegółowe zasady przekazywania dopłat. W szczególności przewidziana była możliwość dokonywania korekt, na przykład na wypadek zmian w przepisach. Zasadą było, że dopłaty były przekazywane przez ARiMR do banków w cyklach miesięcznych, na podstawie zgłoszonego zapotrzebowania, po uprzednim zweryfikowaniu prawidłowości określenia kwot dopłat. Po upływie danego miesiąca bank składał zapotrzebowanie na dopłaty do obsługiwanych przez niego kredytów, należne za miniony miesiąc. Następnie Agencja dokonywała weryfikacji żądanej sumy w oparciu o dane z systemu (...), po czym przekazywała zbiorczą sumę dopłat. Według stanu na 2010 r. ARiMR udzieliła dopłat do około 450.000 kredytów, z czego około 200.000 zł zostało już spłaconych, a wciąż czynnych (niespłaconych) było około 250.000 zł. W związku z udzielaniem dopłat do kredytów ARiMR wykonywała czynności z zakresu raportowania i sprawozdawczości dla własnych potrzeb, dla potrzeb organów nadzorczych oraz organów UE. W systemie (...) istniało kilkaset wzorców (podlinii kredytowych) na obliczanie dopłat do kredytu (w zależności od czasu udzielenia kredytu, od jego rodzaju, od podmiotu, który go otrzymywał, od podmiotu, który udzielał kredyt itd.). W czerwcu 2009 r. aktywnych było 401 podlinii kredytowych.

System (...), według stanu na pierwszą połowę 2009 r., stanowił zintegrowany system informatyczny o średniej wielkości, zarówno pod względem funkcjonalnym, jak i pod względem złożoności struktur danych. Obejmował wówczas historię danych za 10 lat. Było to autorskie i szczególne rozwiązanie wykonane pod potrzeby konkretnego klienta – ARiMR. System ten został opracowany do 2009 r. za pomocą standardowych i powszechnie stosowanych technologii oraz narzędzi programistycznych. Część z tych technologii do 2009 r. została wycofana ze sprzedaży przez producentów. Do pracy nad systemem (...) S.A. używała bibliotek, do których służyły mu prawa autorskie. Bez uprawnień do tych bibliotek nie było możliwe modyfikowanie systemu, chyba że przepisano by na nowo biblioteki.

Przez lata pracy nad systemem (...) S.A. poznawała specyfikę udzielania przez ARiMR dopłat do kredytów preferencyjnych, w tym aspekt rozliczania, monitorowania, raportowania, sprawozdawczości. Dzięki tej wiedzy

zespół tej spółki zajmujący się systemem (...) wypracował specyficzne metody pracy. W szczególności potrafił w trybie pilnym wprowadzić modyfikacje w systemie w związku ze zmianami przepisów, bez zakłócania i przerywania pracy systemu. W 2009 r. (...) S.A. miała stworzone określone środowisko technologiczne do pracy przy tym systemie oraz opracowany unikalny bank wiedzy o systemie - repozytorium danych, stanowiące dorobek spółki i chronioną tajemnicę jej przedsiębiorstwa. W skład tego repozytorium wchodziły dane o projekcie i systemie (założenia projektowe, definicje i założenia systemu), informacje o technologii i oprogramowaniu wykorzystywanym przy tworzeniu systemu (wiedza czysto techniczna i operacyjna, w tym o programach, bibliotekach), dane związane z występowaniem błędów, reagowaniem na wady i usterki, informacje o systemie dopłat do kredytów, o interpretacji przepisów itd. W 2009 r. ARiMR nie miała dostępu ani żadnych uprawnień do tego repozytorium. Posiadane środowisko technologiczne i opracowany bank wiedzy umożliwiał (...) S.A. sprawne wdrażanie poszczególnych zmian w systemie przy zapewnieniu gotowości produkcyjnej na wszystkich szczeblach. Wprowadzenie zmian do systemu, z którego korzystała Agencja, powodowało konieczność dokonywania zmian w interfejsie między systemami w bankach a systemem funkcjonującym w ARiMR. Dzięki temu, że (...) S.A. była twórcą systemu centralnego działającego w ARiMR oraz systemów lokalnych działających w bankach, zmiany interfejsów mogły być wprowadzane jednocześnie z wprowadzeniem zmian do systemu Agencji, co znacząco skracało czas potrzebny do wdrożenia zmian w całym połączonym systemie i pozwalało na stabilne i niezakłócone funkcjonowanie całego rozbudowanego środowiska służącego wymianie informacji w ramach udzielanych kredytów z dopłatami.

Na mocy umów zawartych z (...) S.A. ARiMR uzyskiwała autorskie prawa majątkowe do utworów wykonanych przez (...) S.A. (do systemu, do kolejnych modyfikacji systemu). Umowy z dnia 27 lipca 2007 r. i z dnia 10 czerwca 2009 r. przewidywały przejście praw majątkowych z chwilą odbioru danej modyfikacji. Agencja uzyskiwała kody źródłowe oraz dokumentację analityczną systemu po dokonaniu danej modyfikacji. Na Agencję nie przechodziły przysługujące (...) S.A. prawa licencyjne do oprogramowania wykorzystywanego do stworzenia i modyfikowania systemu ani przysługujące (...) S.A. prawa do wykorzystywanych przez nią bibliotek przy pracy nad systemem. W 2009 r. (...) S.A. posiadała prawa do oprogramowania wykorzystywanego przy pracy nad systemem oraz do bibliotek używanych przy tej pracy.

W dniu 27 lipca 2007 r. ARiMR zawarła z (...) S.A. umowę nr (...) na rozwój i modernizację systemu (...) wraz z usługą asysty technicznej. Na jej podstawie (...) S.A. miała świadczyć usługi asysty technicznej i konserwacji systemu oraz usługi modyfikacji. W ramach usługi modyfikacji spółka miała wprowadzać zmiany w istniejącej funkcjonalności systemu lub rozbudowywać system o nowe funkcjonalności, których konieczność wprowadzenia mogła w szczególności wynikać ze zmian przepisów. Umowa obowiązywała do dnia 27 lipca 2010 r. Usługi w zakresie asysty technicznej i konserwacji miały być świadczone przez cały okres trwania umowy, za co przysługiwało stałe wynagrodzenie za każdy miesiąc. Na wykonanie usługi modyfikacji przewidziano wynagrodzenie nieprzekraczające kwoty 1.557.000 zł netto (górną limit wynagrodzenia za usługi modyfikacji), przy czym za jedną roboczogodzinę wykonania modyfikacji ustalono kwotę 250 zł netto. W § 5 ust. 1 pkt 2 umowy strony przewidziały wynagrodzenie za 6.228 roboczogodzin przy wykonywaniu usługi modyfikacji. Taki limit roboczogodzin na 3 lata został ustalony w oparciu o zapotrzebowanie na usługi modyfikacji z poprzednich lat.

Umowa nr (...) została zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. Prezes UZP, po dokonaniu kontroli uprzedniej postępowania poprzedzającego zawarcie tej umowy, nie zgłosił żadnych zastrzeżeń co do legalności wyboru zamówienia z wolnej ręki na mocy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. W toku kontroli Prezes UZP uzyskał stanowisko Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 22 czerwca 2007r., że (...) S.A. była autorem i producentem pierwotnego systemu (...) oraz systemów współpracujących ze strony central banków, w związku z czym jako jedyny podmiot posiadała wówczas (według stanu na czerwiec 2007 r.) pełną wiedzę w zakresie infrastruktury, środowisk systemowych i aplikacji systemu. W stanowisku tym dodano, że po zapoznaniu się z przedłożoną dokumentacją (...) S.A. była wówczas z przyczyn technicznych jedynym podmiotem na rynku, który był w stanie zrealizować zamówienie w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Na podstawie umowy z 27 lipca 2007 r. usługi modyfikacji były realizowane w oparciu o zgłoszenia modyfikacji opracowane przez Agencję i przyjęte do realizacji przez (...) S.A. Zgłoszenia modyfikacji wynikały między innymi z konieczności usprawnienia systemu oraz jego dostosowania do zmieniających się przepisów. W ramach tej umowy wykonano wiele modyfikacji dostosowujących system do bieżących uregulowań prawnych. W czasie realizacji umowy okazało się, że zakres koniecznych do wprowadzenia modyfikacji systemu jest większy niż zakładano przy zawieraniu umowy, ustalając maksymalne wynagrodzenie za usługi modyfikacji. Z powodu wejścia w życie przepisów ze stycznia 2009 r. (rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 stycznia 2009 r. w sprawie realizacji niektórych zadań ARiMR, dotyczącego między innymi kwestii udzielania przez Agencję dopłat do kredytów) Agencja opracowała kolejne zgłoszenia modyfikacji, w związku z czym w pierwszej połowie 2009 r. wyczerpywał się limit środków przeznaczonych w § 5 ust. 1 pkt 2 umowy na wynagrodzenie za usługi modyfikacji. Dokonane w ramach tej umowy zgłoszenia modyfikacji z dnia 18 maja 2009 r. (nr (...)) i z dnia 19 maja 2009 r. (nr (...)) skutkowały po ich zatwierdzeniu tym, że całkowicie wyczerpały się środki przewidziane w § 5 ust. 1 pkt 2 umowy na wynagrodzenie za usługi modyfikacji. Realizacja modyfikacji nr (...) trwała do dnia 24 września 2009 r., a realizacja modyfikacji nr (...) – do dnia 3 sierpnia 2009 r. Choć umowa z dnia 27 lipca 2007 r. obowiązywała do dnia 27 lipca 2010 r., to po zatwierdzeniu zgłoszeń z dnia 18 maja 2009 r. i z dnia 19 maja 2009 r. nie było już środków, które na podstawie tej umowy można by przeznaczyć na sfinansowanie kolejnych modyfikacji systemu.

W dniu 4 marca 2009 r. do ARiMR wpłynął projekt rozporządzenia Rady Ministrów zmieniającego rozporządzenie z dnia 22 stycznia 2009 r. w sprawie realizacji niektórych zadań ARiMR. Agencji wyznaczono czas do dnia 9 marca 2009 r. na zgłoszenie ewentualnych uwag. W projekcie rozporządzenia proponowano takie zmiany w systemie udzielania dopłat do kredytów, które były związane z wysokością oprocentowania kredytów, w tym udzielonych w przeszłości. Zmiany te, wedle projektu, miały wejść w życie z dniem ogłoszenia rozporządzenia. Miały one na celu między innymi obniżenie oprocentowania płaconego przez kredytobiorcę i zwiększenie dopłat płaconych przez Agencję. Od marca 2009 r. ARiMR miała na uwadze, że wejście w życie regulacji przewidzianych w tym projekcie wymusiłoby konieczność wprowadzenia istotnych modyfikacji w systemie (...) w celu dostosowania systemu do nowego stanu prawnego (w tym wprowadzenia zmian w parametrach związanych z oprocentowaniem kredytu, sposobem wyliczania dopłat, także w stosunku do kredytów udzielonych w przeszłości. W dniu 8 maja 2009 r. Rada Ministrów wydała rozporządzenie wprowadzające zmiany do systemu udzielania przez ARiMR dopłat do kredytów. ARiMR analizowała treść tego rozporządzenia i w pismach z maja i czerwca 2009 r. domagała się od Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi (MRiRW) interpretacji określonych kwestii. Zwraçała też uwagę na nieścisłości zawarte w rozporządzeniu z dnia 8 maja 2009 r., wymagające poprawy. Nieścisłości te uniemożliwiały opracowanie przez ARiMR szczegółowego zakresu modyfikacji systemu (...). W dniu 17 czerwca 2009 r. Rada Ministrów wydała kolejne rozporządzenie wprowadzające zmiany do systemu udzielania przez ARiMR dopłat do kredytów, poprawiając nieścisłości zawarte w rozporządzeniu z dnia 8 maja 2009 r. Rozporządzenia z dnia 8 maja 2009 r. i z dnia 17 czerwca 2009 r. weszły w życie w dniu 21 czerwca 2009 r. W związku z tymi rozporządzeniami Prezes ARiMR wydał zarządzenie nr 71/2009 z dnia 19 czerwca 2009 r., dotyczące między innymi kwestii oprocentowania kredytów objętych dopłatami. Rozporządzenia wpływały na wysokość oprocentowania znacznej części aktywnych kredytów udzielonych w latach 1994 - 2009. Zmiany te wymagały zmodyfikowania w systemie (w tym wprowadzenia nowych parametrów) 269 podlinii kredytowych na ogólną liczbę 401 aktywnych wówczas podlinii. Po wejściu w życie rozporządzenia z dnia 17 czerwca 2009 r. ARiMR opracowała pierwszy zakres modyfikacji systemu (...), niezbędnej do wprowadzenia w lipcu 2009 r., przedstawiając go w zgłoszeniu modyfikacji z dnia 1 lipca 2009 r. Postanowiono o takiej modyfikacji systemu, która polegałaby na odblokowaniu możliwości tworzenia nowych wersji podlinii kredytowych z nowymi zestawami parametrów dla starych umów (zawartych do dnia 30 kwietnia 2007 r.). Na przełomie czerwca i lipca 2009 r. Agencja prowadziła korespondencję z MRiRW w celu wyjaśnienia praktycznych kwestii związanych ze stosowaniem nowych przepisów. Agencja chciała uzyskać ostateczne stanowisko z tego ministerstwa do prawidłowego przygotowania pełnego zakresu zmian w warunkach i zasadach udzielania dopłat oraz w systemie (...). Po uzyskaniu wyjaśnień z MRiRW Agencja opracowywała w lipcu 2009 r. dwa kolejne zgłoszenia modyfikacji systemu, konieczne do wdrożenia w celu dostosowania go do nowego stanu prawnego. Jedną z tych modyfikacji miała umożliwić w systemie zmianę oprocentowania kredytu, przy zachowaniu oprocentowania płaconego przez kredytobiorcę, co

wymagało wprowadzenia nowego algorytmu obliczania dopłat dla kredytów. Druga z tych modyfikacji dotyczyła możliwości podwyższenia całkowitej kwoty pomocy Agencji dla kredytów udzielanych po dniu 1 maja 2007 r., dla których stosowano dotąd zasadę niepodwyższania całkowitej kwoty pomocy ARiMR ustalonej w dniu zawarcia umowy kredytowej.

Mając na względzie konieczność wprowadzenia w przyszłości szeregu modyfikacji w systemie (...) w związku z planowanymi zmianami prawnymi oraz biorąc pod uwagę wyczerpujący się limit wynagrodzenia przewidzianego na usługi modyfikacji systemu w umowie z dnia 27 lipca 2007 r., w kwietniu 2009 r. ARiMR postanowiła przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w celu umożliwienia wprowadzania kolejnych modyfikacji w systemie (...). Przedstawiciele Agencji zajmujący się tym systemem zorientowali się, że część oprogramowania wykorzystywanego przy tym systemie nie jest już dostępna na rynku. Uznali oni, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze jedynym podmiotem, który mógł wprowadzić modyfikacje w tym systemie w terminach wymaganych przepisami prawa, była (...) S.A. Z tego względu Agencja zdecydowała się na przeprowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. W dniu 20 kwietnia 2009 r. powołano komisję do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie rozwoju systemu (...). Postępowanie zostało wszczęte w dniu 29 kwietnia 2009 r. na skutek wysłania do (...) S.A. zaproszenia do negocjacji. Negocjacje z tą spółką przeprowadzono w maju 2009 r. W trakcie tych negocjacji Agencja wiedziała, że w związku z wydaniem rozporządzenia z dnia 8 maja 2009 r. zachodzi konieczność wprowadzenia w trybie pilnym szeregu modyfikacji w systemie. Wiedziała też, że takie modyfikacje nie mogą być wdrożone na mocy umowy z dnia 27 lipca 2007 r., gdyż w połowie maja 2009 r. wyczerpano limit wynagrodzenia przeznaczony w tej umowie na usługi modyfikacji systemu. W trakcie negocjacji Agencja sygnalizowała spółce potrzebę niezwłocznego wprowadzenia szeregu zmian w systemie, w celu dostosowania tego systemu do nowych przepisów. Procedura udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na rozwój systemu (...) zakończyła się podpisaniem w dniu 10 czerwca 2009 r. pomiędzy ARiMR a (...) S.A. umowy nr (...).

Przedmiotem umowy nr (...) było realizowanie przez (...) S.A. usług modyfikacji systemu (...) na podstawie zgłoszeń dokonanych przez Agencję. W zgłoszeniach Agencja opisywała szczegółowo zadanie do realizacji i wyznaczała oczekiwany termin na wykonanie tego zadania. Modyfikacje polegały na zmianie w istniejącej funkcjonalności lub na rozbudowie systemu o nowe funkcjonalności, w szczególności wskutek zmian przepisów. Realizacja danej modyfikacji była stwierdzana w protokole odbioru tej modyfikacji. Z chwilą podpisania protokołu odbioru danej modyfikacji Agencja nabywała wszelkie autorskie prawa majątkowe do utworów, które powstały w wyniku realizacji odebranej modyfikacji. Umowa nr (...) weszła w życie z dniem jej zawarcia. Na jej podstawie zamawiający mógł zlecać wykonywanie modyfikacji do dnia 27 lipca 2010 r. Za realizację umowy wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie nieprzekraczające 2.052.000 zł netto. W umowie wskazano, że wszystkie modyfikacje wykonane i odebrane na jej podstawie zostaną objęte usługą asysty technicznej i konserwacji, w zakresie nieobjętym gwarancją jakości, na warunkach i w ramach wynagrodzenia określonego w umowie z dnia 27 lipca 2007 r. W dniu 27 sierpnia 2009 r. podpisano aneks nr (...) do umowy nr (...), na mocy którego poszerzono usługę asysty technicznej i konserwacji o usługi asysty i konserwacji dla modyfikacji wykonanych i odebranych na podstawie umowy nr (...), w zakresie nieobjętym gwarancją jakości. W ramach umowy nr (...) od lipca 2009 r. do lipca 2010 r. wykonano 15 modyfikacji, z czego sześć w 2009 r. W 2009 r. wykonano modyfikacje o numerach: (...), (...), (...), (...), (...), (...). Umowa była realizowana przez (...) S.A. bez zastrzeżeń ze strony Agencji. Wszystkie modyfikacje były odbierane bez zarzutów. Modyfikacje były wprowadzane przy zachowaniu spójności i ciągłości pracy całego systemu. W dniu 22 marca 2011 r. strony podpisały końcowy protokół odbioru prac, potwierdzając prawidłowe zrealizowanie umowy.

Po zawarciu umowy z dnia 10 czerwca 2009 r. ARiMR oraz (...) S.A. uzgadniały zakres modyfikacji koniecznych do wprowadzenia w systemie (...) w związku z wchodzącymi w życie zmianami prawnymi, wynikającymi z rozporządzeń z dnia 8 maja 2009 r. i z dnia 17 czerwca 2009 r. Agencja zwracała uwagę na pilną potrzebę wprowadzenia niezbędnych zmian w systemie. (...) S.A. pomagali pracownikom Agencji w zdiagnozowaniu miejsc w systemie, które należało zmienić w drodze modyfikacji, aby dostosować system do nowych przepisów. Po wejściu w życie tych rozporządzeń Agencja opracowała zgłoszenie modyfikacji nr (...) z dnia 1 lipca 2009 r., na stworzenie funkcjonalności w systemie

pozwalającej na rejestrację nowych parametrów podlinii dla kredytów udzielonych do dnia 30 kwietnia 2007 r. (w szczególności dotyczących oprocentowania). Wprowadzenie tej modyfikacji wynikało z przepisów rozporządzeń z dnia 8 maja 2009 r. i dnia 17 czerwca 2009 r. Modyfikacja ta została zrealizowana do dnia 10 lipca 2009 r., w ciągu 30 roboczogodzin (zgodnie ze zgłoszeniem). W dniu 16 lipca 2009 r. Agencja dokonała zgłoszenia modyfikacji nr (...), na wprowadzenie w systemie nowej funkcjonalności, pozwalającej na ponowne ustalenie kwoty dopłat. Wprowadzenie tej modyfikacji wynikało z przepisów rozporządzenia z dnia 17 czerwca 2009 r. Modyfikacja ta została odebrana w dniu 24 września 2009 r. Wykonywano ją w ciągu 96 roboczogodzin (zgodnie ze zgłoszeniem). W dniu 22 lipca 2009 r. Agencja dokonała zgłoszenia modyfikacji nr (...), na stworzenie w systemie możliwości obsługi umów kredytów zawartych do dnia 30 kwietnia 2007 r., dla których wyliczenie oprocentowania kredytobiorcy zgodnie z zarządzeniem Prezesa ARiMR nr 71/2009 z dnia 19 czerwca 2009 r. wymagało wprowadzenia nowego typu dopłat. Wprowadzenie tej modyfikacji wynikało z przepisów rozporządzenia z dnia 17 czerwca 2009 r. Modyfikacja ta została odebrana w dniu 24 września 2009 r. Wykonywano ją w ciągu 300 roboczogodzin (zgodnie ze zgłoszeniem).

Po wejściu w życie rozporządzeń z dnia 8 maja 2009 r. i z dnia 17 czerwca 2009 r. ARiMR przekazywała bankom zestawy parametrów do podlinii kredytowych, dostosowane do zmienionych przepisów. Utworzenie pierwszych zestawów możliwe było dzięki modyfikacji nr (...), wykonanej przez (...) S.A. do dnia 10 lipca 2009 r. Od października 2009 r., po wdrożeniu modyfikacji nr (...) i (...), system (...) był dostosowany do przepisów wprowadzonych rozporządzeniami z dnia 8 maja 2009 r. i z dnia 17 czerwca 2009 r. W październiku 2009 r. Agencja dokonała odpowiednich korekt w przekazaniu bankom dopłat do kredytów za okres od czerwca do września 2009 r. tak, aby kwoty dopłat były zgodne z przepisami wynikającymi z rozporządzeń z dnia 8 maja 2009 r. i z dnia 17 czerwca 2009 r. Część dopłat w wysokości zgodnej z tymi przepisami Agencja była w stanie przekazać bankom już w lipcu i sierpniu 2009 r., jednak to niektóre banki opóźniały się ze zgłaszaniem Agencji zapotrzebowania na dopłaty w wysokości wynikającej ze zmienionych przepisów. Całkowite rozliczenie okresu od dnia 21 czerwca 2009 r. do końca września 2009 r. nastąpiło między ARiMR a bankami w październiku 2009 r.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2009 r. ARiMR zawiadomiła Prezesa UZP o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na rozwój systemu (...), powołując się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. Agencja przedstawiła przyczyny zastosowania tego trybu. Prezes UZP nabrał wątpliwości co do zasadności zastosowania przez ARiMR niekonkurencyjnego trybu z wolnej ręki przy udzielaniu tego zamówienia. ARiMR przekazywała temu organowi dodatkowe informacje i żadaną przez niego dokumentację, zapewniając przy tym, że podstawą wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki był fakt, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze jedynym możliwym wykonawcą zamówienia mogła być (...) S.A. W celu zweryfikowania twierdzeń Agencji Prezes UZP w lipcu 2009 r. zasięgnął opinii biegłego A. Z.. Po zapoznaniu się z tą opinią wszczęto kontrolę doraźną co do legalności wyboru przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki. W wyniku tej kontroli Prezes UZP uznał, że w postępowaniu prowadzonym przez ARiMR miało miejsce naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., polegające na zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki pomimo braku w stanie faktycznym istnienia przesłanki uzasadniającej zastosowanie tego trybu. W ocenie Prezesa UZP (...) S.A. nie była, wbrew twierdzeniom ARiMR, jedynym wykonawcą zdolnym z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze do wykonania zamówienia. ARiMR nie zgodziła się z wynikiem kontroli doraźnej i zgłosiła zastrzeżenia do tego wyniku, podnosząc przy tym, że jedynie (...) S.A. mogła świadczyć usługi rozwoju oprogramowania będące przedmiotem umowy podlegającej kontroli. Prezes UZP nie znalazł podstaw do uwzględnienia tych zastrzeżeń. Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie UZP w uchwale z dnia 9 kwietnia 2010 r. nie uwzględniła zastrzeżeń ARiMR od wyniku kontroli doraźnej, w pełni podzielając stanowisko Prezesa UZP.

Od maja do sierpnia 2010 r. ARiMR przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w celu zawarcia umowy na świadczenie usług modyfikacji, ulepszania oraz utrzymania systemu (...) w okresie po dniu 27 lipca 2010 r. Wartość zamówienia wynosiła około 6,2 mln zł. Do przetargu przystąpił tylko jeden podmiot – (...) S.A. Spółka ta wygrała przetarg i Agencja podpisała z nią we wrześniu 2010 r. umowę na świadczenie usług modyfikacji, ulepszania oraz utrzymania systemu (...)

W maju 2010 r. Prezes UZP przekazał ARiMR informację o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. na usługę utrzymania w eksploatacji i

modernizację systemu informatycznego Agencji (SIA) w latach 2009-2010. Prezes UZP uznał za prawidłowy dokonany przez Agencję wybór co do przeprowadzenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. Na gruncie tej sprawy Prezes UZP stwierdził, że jedyną przyczyną uprawniającą do zastosowania trybu z wolnej ręki był czas niezbędny na dokonanie transferu wiedzy.

Na podstawie opinii biegłego Sąd Okręgowy stwierdził, że modyfikacja systemu (...)w zakresie przewidzianym umową nr (...) mogła być wykonana również przez innego wykonawcę niż (...) S.A., ale nie w takim terminie, w jakim wykonała to (...) S.A. i nie w takim terminie, aby niezwłocznie (już w okresie lipiec – wrzesień 2009 r.) dostosować system do przepisów, które weszły w życie w czerwcu 2009 r. Nad rozwojem tego systemu w 2009 r. mogły pracować co najmniej dwa różne podmioty. W połowie 2009 r. istniało na rynku wiele podmiotów, które realizowały projekty informatyczne z użyciem technologii wykorzystywanych przy pracy nad systemem przez (...) S.A. oraz które posiadały specjalistów mających doświadczenie i potrafiących pracować w oparciu o te technologie. Inny podmiot potrzebowałby jednak więcej czasu niż (...) S.A. na dostosowanie tego systemu do zmian wynikających z rozporządzeń z dnia 8 maja 2009 r. i z dnia 17 czerwca 2009 r. W celu przeprowadzenia modyfikacji systemu zgodnie z tymi zmianami inny podmiot musiałby, po pierwsze, przygotować środowisko programistyczne (przygotować odpowiednią technologię, oprogramowanie, biblioteki), po drugie, stworzyć odpowiedni zespół projektowy pod względem technologicznym, po trzecie, przygotować zespół projektowy do wykonania zlecenia. Przedtem musiałby się zapoznać ze specyfiką tego systemu. W celu wykonania modyfikacji zgodnej z przepisami wynikającymi z wymienionych rozporządzeń inny podmiot musiałby się też zapoznać z zagadnieniem udzielania dopłat do kredytów przez Agencję. W ramach przygotowania odpowiedniego środowiska programistycznego inny podmiot musiałby skompletować wszystkie komponenty i biblioteki do pracy przy systemie. Gdyby ten podmiot dysponował wszystkimi komponentami i bibliotekami (miał prawa do oprogramowania i bibliotek używanych przez (...) S.A.), potrzebowałby około tygodnia na przygotowanie środowiska programistycznego, a gdyby nie dysponował oprogramowaniem, a dysponował prawami do bibliotek, potrzebowałby od 2 tygodni do miesiąca na przygotowanie środowiska programistycznego. Gdyby nowy podmiot nie dysponował uprawnieniami do bibliotek używanych przez (...) S.A. (wykorzystywanych do budowy oraz niezbędnych do funkcjonowania systemu), stworzenie odpowiedniego środowiska programistycznego wymagałoby przepisania bibliotek od nowa, co zajęłoby co najmniej jeden miesiąc, a maksymalnie rok. Przepisanie bibliotek wiązałoby się z koniecznością wdrożenia integracji komponentów z systemem, co zajęłoby przynajmniej dwa tygodnie. Na stworzenie odpowiedniego zespołu projektowego pod względem technologicznym nowy wykonawca potrzebowałby co najmniej dwa tygodnie, przy czym pierwszy tydzień na samo skompletowanie zespołu, bez uzupełnienia wiedzy technologicznej, a drugi tydzień na uzupełnienie wiedzy na temat dodatkowych komponentów. Na przygotowanie zespołu projektowego do wykonania zlecenia nowy podmiot potrzebowałby minimum 4 tygodnie, gdyby miał dostęp do repozytorium stworzonego przez (...) S.A., a gdyby nie miał takiego dostępu – to minimum 6 tygodni. W celu kompetentnego i odpowiedzialnego przejęcia prac nad systemem podmiot inny niż (...) S.A., który dysponowałby oprogramowaniem i komponentami (bibliotekami) używanymi przez (...) S.A. oraz repozytorium opracowanym przez (...) S.A., potrzebowałby co najmniej 6 tygodni na stworzenie środowiska, zespołu i na zapoznanie zespołu z systemem (część tych czynności mogłaby być wykonywana jednocześnie). Po tym czasie zespół nowego wykonawcy mógłby przystąpić do wprowadzania zmian w systemie. W tym przypadku skuteczność i sprawność przeprowadzania zmian w systemie równą (...) S.A. nowy wykonawca mógłby osiągnąć po trzech miesiącach. Podmiot, który nie dysponowałby oprogramowaniem i komponentami (bibliotekami) używanymi przez (...) S.A. ani repozytorium opracowanym przez (...) S.A., potrzebowałby co najmniej 8 tygodni na stworzenie środowiska, zespołu i na zapoznanie zespołu z systemem (część tych czynności mogłaby być wykonywana jednocześnie). Po tym czasie zespół takiego wykonawcy mógłby przystąpić do wprowadzania zmian w systemie, tyle że skuteczność i sprawność przeprowadzania zmian w systemie równą (...) S.A. wykonawca ten (nieposiadający dostępu do repozytorium) mógłby osiągnąć po około roku. Brak dostępu do repozytorium opracowanego przez (...) S.A. wydłużyłby proces wykonywania modyfikacji systemu przez nowego wykonawcę, w szczególności w początkowym okresie prac.

Sąd Okręgowy zważył, że nieuzasadniony był zarzut braku legitymacji procesowej czynnej. Pozwani zarzucali, że powództwo, obiektywnie oceniając, nie miało na celu ochrony interesu publicznego, jeśli weźmie się pod uwagę konsekwencje ewentualnego stwierdzenia nieważności spornej umowy. W świetle art. 146 ust. 2 pkt 1 p.z.p. (przepis

w brzmieniu obowiązującym do 29 stycznia 2010r.) i art. 168 pkt 3 p.z.p. oraz art. 189 k.p.c. powodowi przysługiwała legitymacja procesowa czynna. Powód natomiast, jako podmiot zobowiązany do czuwania nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych (art. 154 pkt 11 p.z.p.), był uprawniony do wystąpienia z niniejszym powództwem, zgodnie z art. 146 ust. 2 pkt 1 p.z.p. i art. 168 pkt 3 p.z.p. W toku procesu miał on wykazać interes prawny w rozumieniu art. 189 k.p.c. oraz to, że sporna umowa jest nieważna. Mając na uwadze treść przytoczonych przepisów, Sąd uznał, że powód (centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych; art. 152 ust. 1 p.z.p.), uprawniony do występowania do sądu o stwierdzenie nieważności umowy, która jest nieważna z mocy art. 146 ust. 1 p.z.p., miał interes prawny w stwierdzeniu nieważności spornej umowy. Nie przysługiwał mu inny środek prawny do stwierdzenia nieważności tej umowy. Z woli ustawodawcy został on wyposażony w uprawnienie do wystąpienia z takim żądaniem.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie zostało jednak wykazane, aby umowa nr (...) była nieważna. Dla oceny ważności tej umowy istotne były przepisy p.z.p. w brzmieniu obowiązującym na dzień jej zawarcia (na dzień 10 czerwca 2009 r., zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw; Dz.U. Nr 223, poz. 1778). Powód twierdził, że umowa jest nieważna z przyczyn wskazanych w art. 146 ust. 1 pkt 1 i 6 p.z.p. Art. 146 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowił, że umowa jest nieważna, jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych albo opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, chyba że z przepisów ustawy nie wynikał taki obowiązek. Art. 146 ust. 1 pkt 6 p.z.p. stanowił natomiast, że umowa jest nieważna, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Przesłanki z tych przepisów nie zaistniały w ustalonym stanie faktycznym, stąd nie było podstaw do stwierdzenia nieważności umowy.

W ocenie Sądu Okręgowego Agencja w sprawie będącej przedmiotem spornej umowy mogła udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, ponieważ zachodziła okoliczność przewidziana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. – usługa mogła być świadczona tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Z przepisów p.z.p. (w szczególności z art. 66-68) nie wynikał obowiązek dokonania przez Agencję ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo w Dzienniku Urzędowym UE. Agencja, wypełniając obowiązek z art. 67 ust. 2 p.z.p., w piśmie z 28 kwietnia 2009 r., zawiadomiła Prezesa UZP o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania tego trybu. Skoro Agencja nie miała obowiązku ogłoszenia o zamówieniu w wymienionych publikatorach, niedokonanie tych ogłoszeń nie skutkowało nieważnością umowy, stosownie do art. 146 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Wedle Sądu I instancji w postępowaniu o udzielenie spornego zamówienia nie doszło do takiego naruszenia przepisów p.z.p., które miałyby wpływ na wynik tego postępowania, w szczególności nie naruszono art. 10 ust. 1 i 2 p.z.p. ani art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. Według art. 10 ust. 2 p.z.p. Agencja mogła udzielić zamówienia z wolnej ręki, gdyż zaistniał przypadek określony w ustawie, to jest sytuacja wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. Agencja nie musiała więc przeprowadzać postępowania w trybach konkurencyjnych, wymienionych w art. 10 ust. 1 p.z.p. (w trybie przetargu nieograniczonego bądź ograniczonego).

Dopuszczalność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na mocy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. uzależniona jest od istnienia na danym rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Taki stan rzeczy musi mieć przy tym charakter trwały i nieprzewidywalny. Istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji konkretnego zamówienia musi być oczywiste i mieć źródło w obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktach, a nie w subiektywnym przekonaniu zamawiającego. Podstawą zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, który jest jako jedyny zdolny do realizacji danego zamówienia. Ponadto względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy, tak aby można było wykazać, że udzielenie zamówienia innemu wykonawcy jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, i że ta okoliczność ma charakter

nieprzewidywalny. Okoliczność uzasadniająca udzielenie zamówienia z wolnej ręki na tej podstawie ma mieć, po pierwsze, charakter techniczny, po drugie, musi być zobiektywizowana.

Zdaniem Sądu w chwili udzielania spornego zamówienia (...) S.A. była jedynym wykonawcą, który mógł wykonać to zamówienie. Zamówienie obejmowało dokonywanie modyfikacji w systemie (...), aby w szczególności dostosować ten system do wprowadzanych zmian prawnych. Z uwagi na stosunkowo szybkie wejście w życie przepisów wprowadzających zmiany do programu udzielania dopłat do kredytów, konieczne było pilne wprowadzenie modyfikacji w systemie, aby odpowiadał on obowiązującym przepisom. Wiosną 2009 r. (...) S.A. była jedynym podmiotem, który mógł wykonać takie modyfikacje, mając na uwadze, że przepisy zmieniające program dopłat do kredytów wchodziły w życie w dniu 21 czerwca 2009r. Żaden inny podmiot nie byłby w stanie wprowadzić takich modyfikacji, mając na uwadze termin wejścia w życie zmian w prawie.

Od marca 2009 r. Agencja miała informację, że planowane są zmiany w programie dopłat do kredytów, obsługiwanym przez system (...). Przesłany jej na początku marca 2009 r. projekt rozporządzenia przewidywał, że rozporządzenie wejdzie w życie z dniem ogłoszenia. Ewentualne uwagi do projektu Agencja miała zgłosić do 9 marca 2009 r. Tak krótki czas na zgłoszenie uwag do projektu oraz zakładane wejście w życie rozporządzenia już w dniu ogłoszenia wskazywało, że stosunkowo szybko wejdą w życie zmiany w dopłatach do kredytów, dotyczące tak istotnych kwestii jak oprocentowanie kredytów i wysokość dopłat. Agencja przewidywała, że zmiany te będą wymagały odpowiedniej modyfikacji systemu. W kwietniu 2009 r. Agencja wiedziała, że wyczerpują się środki na dokonanie modyfikacji systemu przewidziane w umowie z dnia 27 lipca 2007 r., a poza tym w ramach tej umowy planowane były jeszcze zgłoszenia modyfikacji systemu w celu jego dostosowania do wcześniejszych zmian prawnych. W kwietniu 2009 r. Agencja posiadała wiedzę o specyfice systemu, o oprogramowaniu używanym przy jego tworzeniu i modyfikowaniu (w tym o wycofaniu części programów ze sprzedaży przed 2009 r.), o stosowanych przez (...) S.A. bibliotekach, o dysponowaniu wyłącznie przez (...) S.A. repozytorium o systemie, o braku możliwości wykonania zamówienia przez inny niż (...) S.A. podmiot. Agencja była przekonana, że inny podmiot niż (...) S.A. nie jest w stanie dokonać w trybie pilnym modyfikacji systemu. Przekonanie takie wedle Sądu Okręgowego było trafne. Już w kwietniu 2009 r. Agencja podjęła decyzję o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie modyfikacji systemu. Wówczas z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze nie było innego niż (...) S.A. podmiotu, który mógłby wykonać przedmiot zamówienia. Za takim uznaniem przemawia treść opinii biegłego powołanego w niniejszej sprawie. Inny podmiot, zanim przystąpiłby do wprowadzania modyfikacji, musiałby zapoznać się z systemem, z programem udzielania dopłat do kredytów, stworzyć środowisko programistyczne, odpowiedni zespół projektowy, przygotować ten zespół do wykonania zadania. Te czynności podjąłby po ewentualnym wygraniu przetargu i podpisaniu umowy z Agencją. Od zawarcia umowy musiałby poświęcić co najmniej 8 tygodni na te czynności, jak wynika z opinii biegłego informatyka. Podmiot ten nie dysponowałby oprogramowaniem ani bibliotekami, których używała (...) S.A. przy pracach nad systemem (praw do tego oprogramowania oraz do tych bibliotek nie miała Agencja). Podmiot ten nie dysponowałby też bazą wiedzy o systemie opracowaną przez (...) S.A. (baza ta stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa (...) S.A., nie miała do niej dostępu Agencja). Dopiero po tych 8 tygodniach podmiot ten mógłby przystąpić do wprowadzania modyfikacji. Jednak brak dostępu do bazy wiedzy o systemie wydłużyłby okres wprowadzania zmian, w szczególności w początkowym okresie, nawet do roku. Inny podmiot nie byłby więc w stanie z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wprowadzić takich modyfikacji w systemie, aby dostosować go do zmian prawnych, które weszły w życie w dniu 21 czerwca 2009 r. Uwzględniając czas na przeprowadzenie trybu konkurencyjnego (licząc od końca kwietnia 2009 r.), czas na podpisanie umowy, na „przejęcie” systemu (minimum 8 tygodni), niemożliwe byłoby zdaniem Sądu Okręgowego wprowadzenie pierwszych modyfikacji w systemie już w lipcu 2009 r., a wówczas zachodziła potrzeba wprowadzenia takich modyfikacji.

O wejściu w życie zmian w programie dopłat do kredytów Agencja dowiedziała się po wydaniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 8 maja 2009 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie realizacji niektórych zadań Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (Dz.U. Nr 76, poz. 645; rozporządzenie z 8 maja 2009 r. zostało opublikowane w dniu 21 maja 2009 r., a weszło w życie 21 czerwca 2009 r.). W maju i czerwcu 2009 r. Agencja analizowała treść tego rozporządzenia, wskutek czego stwierdziła szereg kwestii do wyjaśnienia oraz pewne

nieścisłości wymagające poprawy. Nieścisłości te zostały usunięte poprzez wydanie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 czerwca 2009 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie realizacji niektórych zadań Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (Dz.U. Nr 95 poz. 793; rozporządzenie z 17 czerwca 2009 r. zostało opublikowane w dniu 19 czerwca 2009 r., a weszło w życie 21 czerwca 2009 r.). Dopiero od wydania rozporządzenia z dnia 17 czerwca 2009 r. Agencja miała ostateczne informacje o zmianach prawnych odnośnie do kwestii dopłat do kredytów. Zmiany te wchodziły w życie z dniem 21 czerwca 2009 r. Od tego dnia zmieniły się zasady oprocentowania kredytów oraz zasady udzielania dopłat do kredytów. Na ten dzień Agencja nie miała ostatecznego stanowiska Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi co do interpretacji określonych zapisów. Takie stanowisko uzyskała po wymianie korespondencji w lipcu 2009 r. Wtedy Agencja wiedziała w sposób definitywny, jak należy interpretować zmiany w systemie udzielania dopłat, które weszły w życie z dniem 21 czerwca 2009r., i jak je należy stosować w praktyce. Zmiany te nie mogły być wprowadzone do systemu (...) już w dniu 21 czerwca 2009 r., ponieważ Agencja nie dysponowała wówczas pełną wiedzą co do ich praktycznego zastosowania. Poza tym nie musiały one być wprowadzone do tego systemu już w dniu 21 czerwca 2009r., ponieważ program dopłat był tak skonstruowany (w tym w oparciu o umowy zawarte między Agencją a poszczególnymi bankami), że dopłaty za dany miesiąc były przekazywane przez Agencję do banku po upływie tego miesiąca, na skutek zgłoszenia dokonanego przez bank (dokonanego już po upływie tego miesiąca), zweryfikowanego przez Agencję. Pierwsza modyfikacja systemu, dostosowująca do zmian, które weszły w życie w dniu 21 czerwca 2009 r., powinna była nastąpić w lipcu 2009 r. W tym miesiącu bowiem banki zgłaszały pierwsze zapotrzebowania na dopłaty za czerwiec 2009 r. i najwcześniej w drugiej połowie lipca 2009 r. Agencja mogła przekazać dopłaty według nowych zasad. Żaden inny podmiot poza (...) S.A. nie był w stanie wprowadzić modyfikacji w systemie już w pierwszej połowie lipca 2009 r., co oznacza, że w chwili wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne (...) S.A. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze był jedynym podmiotem, który mógł wykonać przedmiot zamówienia – wprowadzić modyfikacje w systemie między innymi w celu dostosowania systemu do nowych przepisów. (...) S.A. wprowadziła zaś pierwszą modyfikację w systemie już w pierwszej dekadzie lipca 2009 r. W drugiej połowie lipca 2009 r. (...) S.A. przystąpiła do wdrażania dwóch następnych modyfikacji systemu, które były konieczne do jego dostosowania do zmian wprowadzonych przez rozporządzenia z dnia 8 maja 2009 r. i z dnia 17 czerwca 2009 r. Modyfikacje te były wprowadzane od lipca, a w sierpniu i we wrześniu dokonano ich ostatecznego odbioru. Inny niż (...) S.A. podmiot nie byłby w stanie z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wprowadzić takich modyfikacji w okresie lipiec - wrzesień 2009 r. Podmiot taki nie dysponowałby w tym okresie odpowiednią technologią do wprowadzenia takich zmian. Technologię potrzebną do wprowadzenia tych zmian zapewniłby dopiero w przeciągu 8 tygodni podczas „przejmowania systemu”. Dopiero po tym przejściu mógłby przystąpić do wdrażania modyfikacji, jednak nieposiadanie bazy wiedzy o systemie powodowałoby znaczne wydłużenie prac przy jego modyfikowaniu, szczególnie w początkowym okresie prac.

Zdaniem Sądu, oceniając obiektywnie, w okresie od kwietnia do czerwca 2009 r. żaden inny podmiot, poza (...) S.A., nie był w stanie zrealizować przedmiotu spornego zamówienia – dokonać takich modyfikacji w systemie, aby dostosować go do nowego stanu prawnego (obowiązującego od dnia 21 czerwca 2009 r.), zachowując ciągłość działania systemu. Niedysponowanie przez inne podmioty stosowną technologią (właściwym oprogramowaniem, dostępem do właściwych bibliotek, dostępem do repozytorium) i odpowiednim zespołem stanowiło przyczynę o charakterze obiektywnym, pozwalającą w kwietniu 2009 r. na wykluczenie możliwości wykonania usługi modyfikacji systemu w czasie pozwalającym dostosować system do wprowadzanych w życie przepisów przez inne podmioty niż (...) S.A. W danym miejscu i czasie, kiedy Agencja wszczyniała postępowanie o zamówienie publiczne, na rynku nie było innych niż (...) S.A. wykonawców, którzy mogliby świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, jakie zostały objęte sporną umową.

Sąd podkreślił, że powyższe ustalenie dodatkowo potwierdza okoliczność, że kiedy w 2010 r. Agencja prowadziła postępowanie o zamówienie publiczne między innymi na modyfikacje systemu w okresie po dniu 27 lipca 2010 r. w trybie przetargu ograniczonego, to tylko jeden podmiot ((...) S.A.) zgłosił swoją ofertę na zamówienie o wartości ponad 6 mln zł. Poza tym w czerwcu 2007 r., kiedy badano tryb zawierania umowy z dnia 27 lipca 2007 r., Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, a w końcu także Prezes UZP zgodnie przyjęli, że w chwili udzielania zamówienia na usługi będące przedmiotem tej umowy (w tym na usługi modyfikacji systemu) jedynym podmiotem, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze mógł wykonać przedmiot zamówienia, była (...) S.A. W 2009 r.

istotną okolicznością wskazującą na to, że (...) S.A. również stanowiła jedyny podmiot mogący wykonać przedmiot zamówienia (usługi modyfikacji systemu), był krótki czas potrzebny na wprowadzenie koniecznych modyfikacji w systemie, aby zapewnić jego działanie nieprzerwane, a jednocześnie zgodne z prawem. Okoliczność uzasadniająca udzielenie zamówienia z wolnej ręki ma mieć charakter techniczny i ma być zobiektywizowana. Zobiektywizowanie tego (przede wszystkim w świetle pilnego wprowadzenia modyfikacji w systemie w związku z wejściem w życie przepisów zmieniających zasady dopłat do kredytów), że w kwietniu 2009 r. z przyczyn technicznych tylko (...) S.A. była w stanie wykonać przedmiot zamówienia, przemawia zdaniem Sądu Okręgowego za uznaniem, iż zaistniała okoliczność wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. Sąd stwierdził, że co prawda element czasu nie jest ustawową przesłanką uzasadniającą udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., jednak to na tle elementu czasu (w kontekście czasu na wprowadzenie modyfikacji, wyznaczonego przez wchodzące w życie przepisy) należało ustalić, czy (...) S.A. z przyczyn technicznych była w stanie wykonać przedmiot zamówienia jako jedyny podmiot. Taka obiektywna ocena, z uwzględnieniem czasu potrzebnego na wprowadzenie modyfikacji w systemie (wyznaczonego wchodzącymi w życie przepisami rozporządzeń), zdaniem Sądu wskazuje na to, że tylko (...) S.A. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze była w stanie wykonać przedmiot zamówienia. W ocenie Sądu pojęcie „przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze” (wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p.) należy rozumieć szerzej, a nie tylko ograniczać do zastosowania określonej technologii (por. K. Klimek, Stosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie wytycznych i wyników kontroli UZP, *Zamówienia Publiczne Doradca 2009*, nr 9, s. 62; S. Babiarz [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 473). Na konieczność zobiektywizowania przyczyn technicznych w kontekście przesłanki czasu zwrócił uwagę Prezes UZP w stanowisku z dnia 12 maja 2010 r., które dotyczyło kontroli innego postępowania prowadzonego przez Agencję. Prezes UZP uznał wówczas, że jedyną przyczyną uprawniającą do zastosowania trybu z wolnej ręki był czas niezbędny na dokonanie transferu wiedzy.

W ocenie Sądu szereg szczególnych okoliczności związanych z udzieleniem spornego zamówienia (w tym specyficzny charakter zamówienia, konieczność pilnego wprowadzenia szeregu modyfikacji w systemie w związku z wejściem w życie nowych przepisów prawa powszechnie obowiązującego) świadczy o tym, że wystąpiła przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Sporna umowa nie została zatem zawarta z naruszeniem przepisów p.z.p.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i rozważania, Sąd uznał, że nie wystąpiły okoliczności wskazane w art. 146 ust. 1 p.z.p. (w brzmieniu obowiązującym na dzień 10 czerwca 2009 r.) ani w art. 58 k.c. do stwierdzenia nieważności umowy.

Sąd orzekł o kosztach procesu na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Powód w apelacji zaskarżył wyrok w całości. Zarzucił naruszenie:

1) przepisu postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 k.p.c., poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów, poprzez uznanie, że z opinii biegłego z zakresu (...), sporządzonej na zlecenie Sądu, wynika w sposób jednoznaczny, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (...) S.A. była jedynym podmiotem zdolnym do wykonania zamówienia, którego dotyczyła umowa Nr (...) z dnia 10 czerwca 2009 r., podczas, gdy z treści ww. opinii wnioszek taki nie wynika,

2) prawa materialnego, tj. art. 10 ust. 2 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia przedmiotowej umowy o zamówienie publiczne - Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, zm.: Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r., Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545), poprzez błędne jego zastosowanie, polegające na nieprawidłowym uznaniu, że zaistniały przesłanki do udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki wskazane w tym przepisie, podczas, gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie były spełnione przesłanki do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki,

3) prawa materialnego, tj. art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez błędne jego

zastosowanie, polegające na uznaniu przez Sąd, że udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy w trybie z wolnej ręki, w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki do zastosowania tego trybu, nie stanowi podstawy wystarczającej - i zarazem obligującej Sąd - do stwierdzenia nieważności umowy o zamówienie publiczne, podczas gdy w świetle ww. przepisu Sąd zobligowany był do stwierdzenia nieważności przedmiotowej umowy z tego powodu.

Powód wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy, tj. stwierdzenie nieważności umowy Nr (...) z dnia 10 czerwca 2009 r. na wykonanie modyfikacji oprogramowania (...) do monitorowania kredytów inwestycyjnych z dopłatami ARiMR, zawartej pomiędzy Agencją Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa jako zamawiającym a (...) S.A. jako wykonawcą, ewentualnie o:
2. uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, a nadto :
3. zasądzenie od pozwanych solidarnie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwani wnieśli o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Przepis ten kreuje wyjątek od zasady określonej w art. 10 ust. 1 p.z.p., w myśl którego podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Możliwość zastosowania tego wyjątku dopuszczalna jest jedynie w wypadkach określonych w ustawie (art. 10 ust. 2 p.z.p.). Porównanie powyższych przepisów wskazuje, że nie jest dopuszczalna rozszerzająca wykładnia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. Jednocześnie nie może ująć z pola widzenia okoliczność, że przesłanka w nim sformułowana jest nieostra, a zatem podlega ocenie ad casu, zaś świadomość, że chodzi o wyjątek od zasady konkurencyjnego trybu postępowania, nie może skutkować również interpretacją zawężającą. Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że Sąd I instancji ocenił powyższą przesłankę prawidłowo, poprzedzając analizę prawną niewadliwą oceną dowodów.

Podniesiony w stosunku do opinii biegłego zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. jest całkowicie chybiony. Należyte podniesienie tego zarzutu wymaga wskazania, jakie kryterium tej oceny (zasady logicznego rozumowania, doświadczenia życiowego itp.) naruszył sąd przy analizie jakiego dowodu (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2002 r., I CKN 132/01, LEX nr 53144). Tylko zaś w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 r., II CKN 817/00, LEX nr 56906).

Tymczasem apelujący, przywołując wnioski opinii, wyprowadza z nich konkluzje dla siebie korzystne, ale sprzeczne z zasadami logicznego rozumowania. Niewątpliwie biegły przyznał, że modyfikacja systemu informatycznego w zakresie przewidzianym w umowie z dnia 10 czerwca 2009 r. mogła być wykonana przez innego wykonawcę, ale jednocześnie stwierdził, że inny wykonawca nie byłby w stanie zrealizować umowy w terminach wyznaczonych przepisami prawa. Istotnie również pozwana (...) S.A. nie wykonała modyfikacji systemu do dnia wejścia w życie znowelizowanego rozporządzenia Rady Ministrów, tj. do dnia 21 czerwca 2007r., bo też zachowanie takiego terminu było niemożliwe dla jakiegokolwiek wykonawcy, skoro rozporządzenie zmieniające rozporządzenie z dnia 8 maja 2007 r. datowane jest

na dzień 17 czerwca 2007 r. i weszło w życie dwa dni później. Zatem w przypadku każdego wykonawcy opóźnieniu w zmodyfikowaniu systemu było nieuchronne.

Skarżący wywodzi wniosek, że czas niezbędny do realizacji umowy, a więc także stopień opóźnienia w jej wykonaniu, nie należy do przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, stanowiących po myśli art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. podstawę do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Konkluzji tej Sąd Apelacyjny nie podziela. Z opinii biegłego wynika bowiem, że opóźnienie w realizacji umowy przez innego wykonawcę niż (...) S.A. byłoby wielokrotnie większe. Przypomnieć należy, że pozwany wykonawca pierwszą modyfikację systemu na podstawie umowy z dnia 10 czerwca 2009 r. wykonał do dnia 10 lipca 2009 r., czyli w miesiąc od zawarcia umowy, podczas gdy inny wykonawca musiałby poświęcić co najmniej 8 tygodni od zawarcia umowy na czynności poprzedzające dokonanie modyfikacji, tj. zapoznanie się z systemem informatycznym, stworzenie środowiska programistycznego i przygotowanie zespołu do wykonania zadania. Dopiero po tym czasie zaczęłyby realizować umowę, co oznacza, że pierwsza modyfikacja powstałaby nie w miesiąc po zawarciu umowy, lecz po upływie trzech miesięcy (licząc miesiąc na powstanie modyfikacji), przy czym są to terminy minimalne, bo w przypadku braku dostępu do repozytorium okres wprowadzenia modyfikacji mógłby się przedłużyć nawet do roku. Podkreślić trzeba, że zmodyfikowanie systemu niezbędne było dla nie tylko dla realizacji należących do ustawowych kompetencji zamawiającego zadań związanych z udzielaniem dopłat do kredytów preferencyjnych dla rolników w zakresie nowych kredytów, ale również dla utrzymania ciągłości działań odnoszących się do kredytów już udzielonych, jak również, że zmiany przepisów, które wymogły dokonanie modyfikacji zmian systemu, dotyczyły 269 podlinii czyli przeważającej większości z 401 czynnych podlinii kredytowych, a modyfikacje systemu były niezbędne dla obsługi kredytów przez 20 banków i 1.500 ich oddziałów. Wprawdzie brak jest danych o liczbie kredytów na czerwiec 2009 r., lecz skoro wedle stanu na 2010 r. zamawiający udzielił ich 450.000, z czego czynnych było 250.000, obrazuje to olbrzymią skalę wykorzystywania przedmiotowego systemu informatycznego, a więc pozwala także wyobrazić sobie skutki opóźnionego wdrożenia modyfikacji dla funkcjonowania systemu dopłat do kredytów preferencyjnych.

W związku z powyższym szybkość wprowadzenia modyfikacji stała się kluczowym kryterium przy wyborze drogi zawarcia umowy, przy czym podkreślenia wymaga, że różnice pomiędzy terminami wykonania modyfikacji przez dotychczasowego wykonawcę a potencjalnych jego konkurentów są bardzo duże – co najmniej kilkumiesięczne, co przy potrzebie zapewnienia prawidłowego i nieprzerwanego funkcjonowania systemu informatycznego stanowi różnicę bardzo znaczącą.

Posługując się kryterium nie tyle czasu realizacji umowy, co zakresu opóźnienia we wdrożeniu modyfikacji, Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił opinię biegłego, przyjmując na jej podstawie, że (...) S.A. był jedynym wykonawcą mogącym zrealizować cel zamówienia w ówczesnych okolicznościach faktycznych. Przy analizie art. 67 ust. 1 pkt 1 p.z.p. nie można bowiem pominąć podstawowego ratio legis tego przepisu, a także całej ustawy Prawo zamówień publicznych – jest nią zapewnienie prawidłowego wykonywania zadań przez podmioty obowiązane do jej stosowania przy jednoczesnym racjonalnym wydatkowaniu środków publicznych. Akcentowane przez powoda: transparentność postępowań o zamówienie publiczne, konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców/dostawców to nie cel, a bardzo istotne warunki, które muszą być zachowane przy realizowaniu wskazanego celu ustawy. Celem przedmiotowego zamówienia było zachowanie ciągłości systemu dopłat, co wymagało niezwłocznego dostosowania go do zmienionych przepisów prawa. Nieosiągnięcie tego celu godziłoby w interesy rolników i przedsiębiorców rolnych korzystających z pomocy Państwa w spłacaniu kredytów, a więc było sprzeczne również z interesem publicznym.

Rację ma skarżący, podnosząc, że przesłanka jednego wykonawcy, wynikająca z art. 67 ust. 1 pkt 1 p.z.p. nie oznacza wykonawcy, który jedyny w danym miejscu i czasie jest zainteresowany w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, ale wykonawcę, który – obiektywnie rzecz biorąc – jako jedyny jest w stanie tego rodzaju zamówienie wykonać. Nie można zatem stosować trybu zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w danym miejscu i czasie jest zasadne domniemanie, że istnieje jeden lub więcej wykonawców mogących świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia. Z taką definicją, przywołaną przez samego skarżącego, sprzeczna jest podniesiona przez niego w apelacji teza, że aspekt czasowy pozostaje obojętny dla oceny spełnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W niniejszym przypadku z uwagi na specyfikę zamówienia (wprowadzenie modyfikacji do systemu informatycznego niezbędnych ze

względem na zmianę przepisów prawnych) czas wykonania zamówienia, a ściśle biorąc zminimalizowanie opóźnienia miało kluczowe znaczenie dla dostosowania systemu do przepisów prawa, a więc dla bytu systemu dopłat do kredytów preferencyjnych, który musiał funkcjonować zgodnie z prawem. Zmiana przepisów prawa nie jest oczywiście sytuacją nadzwyczajną i generalnie zamawiający winien przewidzieć takie ryzyko, co zresztą miało miejsce w niniejszej sprawie – zamawiający przewidywał konieczność modyfikacji systemu, na co wskazuje treść umowy z dnia 27 lipca 2007r. Niewątpliwie wyczerpanie się środków zabezpieczonych tą umową na wdrażanie modyfikacji samo w sobie nie uzasadniało zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, natomiast czynnikiem takim była konieczność niezwłocznego wprowadzenia modyfikacji spowodowanych wejściem w życie nowych zasad udzielania dopłat w związku ze zmianą oprocentowania kredytów bez *vacatio legis*. Próba wywiedzenia przez skarżącego niekorzystnych skutków prawnych dla zamawiającego z faktu niezgłoszenia przez niego uwagi odnoszącej się do odroczenia wejścia rozporządzenia w życie do przedstawionego projektu tego aktu prawnego jest chybiona. Za racjonalność przepisów prawa, a więc także ewentualne odroczenie wprowadzenia ich w życie, odpowiada autor tychże przepisów, nie zaś podmioty, do których zwrócił się o opinie. Brak jest też podstaw do obciążania zamawiającego obowiązkiem podjęcia działań zmierzających do przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne li tylko po zapoznaniu się z projektem rozporządzenia, bowiem – jak słusznie wyjaśnił zamawiający – projekt rozporządzenia nie jest tożsamy z obowiązującymi przepisami. Wszczęcie postępowania zamówieniowego przed uzyskaniem wiedzy o definitywnej treści przepisów i dacie wejścia ich w życie uniemożliwiłoby sprecyzowanie przedmiotu zamówienia. Na podstawie projektu zamawiający mógł spekulować co do kierunku zmian przepisów, natomiast nie co do ich ostatecznej treści, a tym bardziej terminu ich wprowadzenia.

Sąd Okręgowy słusznie zatem na podstawie analizy opinii biegłego doszedł do wniosku, że zachodzą przesłanki przewidziane w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., a Sąd Apelacyjny stanowisko to podziela. Obiektywna ocena okoliczności faktycznych uzasadniająca potrzebę zawarcia umowy o wprowadzenie modyfikacji do systemu informatycznego przemawia za wnioskiem, że jedynym wykonawcą, mogącym zminimalizować opóźnienia w ich wdrożeniu i wykonać zamówienie w sposób nienaruszający ciągłości udzielania przez zamawiającego dopłat do kredytów był (...) S.A. Pierwsze dopłaty za czerwiec 2009 r. miały być wypłacone w lipcu 2009r., co miało miejsce dzięki modyfikacji wdrożonej w dniu 10 lipca 2009 r., a do października 2009 r. zostały wypłacone pozostałe. Pojęcia „przyczyn technicznych” w rozumieniu powyższego przepisu nie należy bowiem utożsamiać z pojęciem „przyczyn technologicznych”, zatem nie chodzi tu wyłącznie o umiejętności i możliwości specjalistyczne, lecz również względy logistyczne i organizacyjne pozwalające na ich wykorzystanie w określony sposób, a więc także dającą się przewidzieć i oszacować sprawność wykonawcy/dostawcy w realizacji zamówienia, co w niniejszej sprawie przekładało się w sposób spektakularny na czas wykonania umowy.

Rację ma skarżący, podnosząc, że prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do umowy z 2009 r. nie dowodzi okoliczność, iż w odniesieniu do poprzedniej umowy stron Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie miał zastrzeżeń do skorzystania z tej drogi zamówienia przez zamawiającego, aczkolwiek wskazuje to na specyfikę i pewną unikalność przedmiotowego zamówienia, co w połączeniu z dotychczasową argumentacją wzmacnia przekonanie o braku podstaw do stwierdzenia nieważności umowy z 2009 r.

Niewątpliwie również fakt, że w innym postępowaniu o zamówienie publiczne Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przyjął, iż czas wykonania zamówienia (transferu danych) mieści się w pojęciu przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wskazanych przez art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., nie przesądza o bezzasadności powództwa w analizowanej sprawie. Natomiast wskazuje na różną wykładnię pojęcia „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze” przez samego powoda dokonywaną ad casu i przeczy arbitralnemu twierdzeniu skarżącego o niedopuszczalności uwzględnienia pośród nich czynnika czasu.

Akceptacja poglądu apelującego, że jedynie weryfikacja rynku, dokonana dzięki postępowaniu przetargowemu, mogłaby potwierdzić prawidłowość stanowiska Sądu I instancji, iż tylko (...) S.A. był w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie publiczne, prowadzi do zanegowania w ogóle możliwości korzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o brzmienie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., bo za każdym razem należałoby poprzedzić go przetargiem. Wedle tej koncepcji bezprzedmiotowe jest prowadzenie postępowania dowodowego na okoliczności

wskazane w tym przepisie, w tym w zakresie opinii biegłego, skoro jedynie weryfikacja rynku daje miarodajne wyniki. Jest to stanowisko absurdalne, pozbawiające skuteczności normę art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. i przyjmujące nieprzewidziane przepisami ograniczenia dowodowe.

Myli się skarżący, bagatelizując znaczenie faktu, że w 2010 r. w przetargu organizowanym przez zamawiającego na kontynuację umowy pozwanych zgłosił się tylko jeden oferent – dotychczasowy wykonawca. Oczywiście, nie jest to argument przesądzający o istnieniu przesłanek do skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki w 2009 r., niemniej jednak wzmacnia argumentację, iż specyfika przedmiotu zamówienia (również technologiczna, wiążąca się z istnieniem repozytarium wiedzy oraz problematyką praw autorskich) jest tego rodzaju, że na rynku działał tylko jeden wykonawca mogący je wykonać.

Wobec stwierdzenia, że nie doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. niezasadny jest też zarzut naruszenia art. 10 ust. 2 tej ustawy. Tryb zamówienia z wolnej ręki był uzasadniony obiektywnie istniejącymi przyczynami natury technicznej. W rezultacie Sąd Okręgowy nie naruszył też art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Nie doszło bowiem do uchybienia przepisom mającym wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Kwestionowanie przez skarżącego zajścia przesłanki z tego przepisu jest o tyle bezprzedmiotowe, że przypadek przewidziany przez art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. nie stał się podstawą prawną rozstrzygnięcia.

W ocenie Sądu Apelacyjnego przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. znajduje zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, niezbędnej do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia, np. usunięcie bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia czy zabezpieczenie majątku przed poniesieniem szkody o znacznych rozmiarach. Muszą to zatem być sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego (tak: A. Bazan J.E. Nowicki „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” LEX 2014). Przykładem takiej sytuacji w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia mogłaby być np. klęska żywiołowa, w następstwie której zaistniała konieczność zmian w udzielaniu dopłat do kredytów preferencyjnych dla dotkniętych nią rolników i przetwórców rolnych. Zmiany prawa nie mieszczą się w tej kategorii, nie są okolicznością, której co do zasady zamawiający nie może przewidzieć.

Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku na mocy art. 385 k.p.c. oraz art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c. W skład kosztów postępowania apelacyjnego należnych pozwany weszły wynagrodzenia ich pełnomocników procesowych obliczone zgodnie z § 6 pkt 7 i § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oraz § 6 pkt 7 w związku z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.